



Roj: **SAP M 5828/2011 - ECLI: ES:APM:2011:5828**

Id Cendoj: **28079370282011100126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **29/04/2011**

Nº de Recurso: **279/2010**

Nº de Resolución: **146/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00146/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 279/2010

Materia: Publicidad. Competencia desleal

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario nº 239/2009

Apelante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador/a: D. Manuel Lanchares Perlado

Letrado/a: D. Juan Montero Rodil

Apelante/apelado: VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador/a: D. Alberto Hidalgo Martínez

Letrado/a: Dª María Araceli González Gómez de Aranda

SENTENCIA Nº 146/11

En Madrid, a 29 de abril de 2011.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 279/2010, los autos del procedimiento nº 239/2009, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, sobre competencia desleal.

Las partes han actuado bajo la representación procesal y con la asistencia letrada de los profesionales que aparecen identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicitaba que se dictase sentencia por la que: "1. Se declare que la conducta llevada a cabo por VODAFONE ESPAÑA, S.A. descrita en el cuerpo de la demanda es constitutiva de publicidad ilícita y competencia desleal. 2. Se condene a VODAFONE ESPAÑA S.A. a: a) Estar y pasar por



las anteriores declaraciones; b) Cesar de forma inmediata en la difusión de la Campaña publicitaria que se describe en el presente escrito, relativa al producto "VODAFONE EN TU CASA TARIFA PLANA", en todos los soportes publicitarios -incluyendo entre otros, televisión, prensa, radio, Internet, vallas publicitarias y folletos impresos- y a abstenerse de difundir la referida Campaña en el futuro; c) Retirar del tráfico económico y establecimientos de comercio el material promocional y publicitario relativo a la Campaña, en su presentación y redacción actual; d) Proceder a la publicación de la sentencia estimatoria que sea dictada en el presente procedimiento judicial, mediante anuncios en dos diarios de difusión nacional, en la forma que el Juzgado determine; y e) Abonar las costas del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites, tras celebrarse la preceptiva audiencia previa, el Juzgado dictó sentencia, con fecha 15 de febrero de 2010, cuyo fallo es el siguiente: "Con desestimación de la demanda promovida por Telefónica España, S.A.U., representado por el procurador Sr. Lanchares Perlado y asistido por el letrado Sr. Montero Rodil contra Vodafone España, S.A., representado por el procurador Sr. Hidalgo Martínez y asistido por el letrado Sra. González Gómez de Aranda, declaro no haber lugar a las declaraciones interesadas por la representación de la actora, absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en la presente litis."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. se interpuso recurso de apelación, que, tramitado en legal forma, con oposición de la parte contraria, dio lugar al presente rollo.

La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 10 de marzo de 2011.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente litis trae causa de la demanda presentada en su día por TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. en ejercicio de acciones de publicidad ilícita y competencia desleal, con fundamento en la campaña publicitaria desplegada por VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. en diversos medios desde finales del mes de mayo de 2009, en la que se ofertaba con carácter gratuito el "teléfono fijo" al contratar una tarifa plana de teléfono móvil (en adelante, "la campaña"). En primera instancia se dictó sentencia desestimando íntegramente las pretensiones deducidas contra VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.. Contra dicha resolución se alza en apelación la actora, quien articula su recurso en dos motivos: (i) el primero se endereza a combatir la apreciación del sentenciador de primera instancia de que la campaña no constituye publicidad engañosa ni acto de engaño a la luz de la normativa sectorial invocada en la demanda; (ii) en el segundo motivo se aduce que la resolución recurrida infringe el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siguiendo un criterio sistemático, examinaremos los motivos impugnatorios en el orden inverso al que se exponen en el escrito de recurso.

SEGUNDO.- Entiende la apelante que la sentencia recurrida no satisface las exigencias de motivación y exhaustividad que impone el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por una doble razón: porque no se aborda suficientemente el punto relativo al carácter gratuito del producto que se oferta en la campaña, y porque, sin expresarse los motivos, se prescinde en el examen del caso de la prueba pericial de esta parte.

Recordemos los elementos delimitadores de la infracción denunciada, según ha sido caracterizada por la doctrina jurisprudencial, valiéndonos para ello de las recientes sentencias de nuestro más Alto Tribunal de 5 de noviembre y 31 de diciembre de 2010, que resumen aquella en los siguientes términos: "Si la motivación supone la exigencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi [razón decisoria] (SSTC, entre otras, 119/2003, de 16 de junio; 75/2005, de 4 de abril; 60/2008, de 26 de mayo), se produce infracción cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, y también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico. La exteriorización de las razones en las que se basa la decisión judicial, además de coherente, ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes. El juicio de suficiencia hay que realizarlo (SSTC, entre otras, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS 9 de marzo de 2010, RC n.º 2460/2005)".

Ateniéndonos a los parámetros expuestos, entendemos que, aun cuando es cierto que la cuestión atinente a la gratuidad del producto ofertado se resuelve de forma un tanto parca, ninguna tacha cabe hacer a la resolución



impugnada por falta de motivación de la respuesta dada en este punto. En efecto, en la meritada resolución se expone con claridad la razón por la que el juzgador rechaza las tesis de la parte aquí recurrente, sin que resulte de recibo, a la luz de la doctrina expuesta, construir la crítica sobre la falta de respuesta explícita a cada uno de los particulares extremos sobre los que la parte construye el alegato.

Tampoco asiste la razón a la recurrente en la segunda de las quejas que se articulan bajo la rúbrica del motivo impugnatorio en examen. De la lectura de la sentencia se desprende que los aspectos del dictamen pericial en cuestión destacados en la demanda (apartado quinto de los "Hechos", bajo la rúbrica "Sobre el carácter engañoso de la campaña") son objeto de consideración expresa, e incluso asumidos, en la citada resolución, sin perjuicio de que puedan diferir la relevancia que se les atribuye, la valoración que de ellos se hace o las conclusiones que a partir de los mismos se alcanza por parte del juzgador a efectos de resolver en derecho la controversia suscitada. En tales condiciones la falta de expresa cita del dictamen pericial carece de la trascendencia que se le quiere dar por la parte.

TERCERO.- El adecuado examen de las cuestiones suscitadas por la parte apelante en el primero de los motivos de impugnación exige identificar convenientemente el marco normativo en el que el mismo ha de producirse.

Cabe observar, en primer lugar, que el reproche de ilicitud que constituye el fundamento de las pretensiones de la parte actora y aquí apelante se basa tanto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en lo sucesivo, "LGP"), al calificar la publicidad integrada en la campaña como ilícita, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 de dicho cuerpo normativo, como en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en lo sucesivo, "LCD"), sosteniendo que dicha publicidad ha de ser tachada de desleal por aplicación de su artículo 7 (las referencias a cualquiera de estos dos cuerpos legales en las presentes líneas han de entenderse hechas, salvo indicación expresa en otro sentido, a la redacción que tenían con anterioridad a la reforma operada en ambos por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, por ser aquella la que resulta de aplicación al caso por razones de vigencia temporal). En el escrito iniciador del proceso se sostenía que la actuación de la demandada entrañaba también una conducta subsumible en el tipo general del artículo 5 LCD, pretensión que, rechazada por el juzgador de primera instancia (de forma acertada, por lo demás, participando este tribunal de cuantas consideraciones se vierten en la resolución recurrida en este particular) ha de estimarse abandonada en esta instancia, habida cuenta que toda la argumentación desplegada en el correspondiente apartado del escrito de recurso está encaminada exclusivamente a justificar la calificación de la publicidad en debate como acto de engaño de la meritada normativa.

Fue amplia la controversia que en la época anterior al estado actual de nuestra legislación (determinado por las reformas introducidas por la Ley 29/2009), suscitó la existencia de una doble regulación de la publicidad engañosa, susceptible por ello de ser conceptuada al mismo tiempo como ilícito publicitario y como ilícito concurrencial. Existía, en efecto, una gran disparidad de opiniones, que abarcaban desde la opción por la incompatibilidad absoluta dando preferencia a la LGP por su especialidad al entendimiento de que la LGP había sido derogada tácitamente en este punto por la LCD, pasando por posturas intermedias favorables a la compatibilidad de ambos regímenes. Sin embargo, el Tribunal Supremo vino a zanjar la polémica, expresándose en los siguientes términos en su sentencia de 4 de julio de 2005: "El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables... En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente". En definitiva, como hacíamos ver en anteriores resoluciones (sentencias de 24 de enero de 2008 y 30 de diciembre de 2009), con ello el Tribunal Supremo se inclinaba por la tesis del concurso de acciones en contra de la tesis del concurso de normas, criterio del que no existía motivo alguno para separarse en la resolución de los casos allí enjuiciados, como tampoco existe en el presente. A la luz de tal doctrina, ninguna cuestión habría de suscitar la posición adoptada por la parte actora. Ocioso resultaría, por lo demás, habida cuenta su inaplicabilidad al caso, abordar aquí los cambios operados por la Ley 29/2009, una de cuyas finalidades, tal como se explicita en la Exposición de Motivos, es establecer un régimen jurídico unitario en la materia, residenciado en la LCD.

CUARTO.- El artículo 4 LGP requería, para poder calificar de engañosa determinada publicidad, la concurrencia de dos requisitos: primero, la aptitud del mensaje publicitario para, de cualquier manera, incluida su presentación, inducir a error a sus destinatarios; segundo, que el mensaje en cuestión fuese idóneo para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios o para perjudicar a un competidor. Es de observar, en relación con el primero de los requisitos señalados, que no era necesario, para calificar el supuesto de publicidad engañosa, que la información suministrada fuese inexacta o inveraz, toda vez que también partiendo de datos verídicos puede inducirse a error, y, en cuanto al segundo, que se estimaba suficiente la capacidad potencial del mensaje publicitario para influir en el comportamiento económico de

sus destinatarios, sin necesidad de prueba de que lo hubiese determinado efectivamente en el supuesto controvertido (significativa resulta, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006: ". de la lectura del precepto se deduce que basta con que pueda afectar a su comportamiento económico (de los destinatarios) o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. De modo que no se exige la precisión, ni menos la prueba de que se haya producido efectivo perjuicio en los destinatarios o de que fatalmente se pueda producir."), no considerándose precisa una voluntad dirigida a producir un perjuicio. Cabría añadir, como pone de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 26 de octubre de 2004, siguiendo el sentir de la doctrina más autorizada, que la exigencia de que pudiese resultar perjuicio para un competidor se antojaba superflua, pues, en todo caso, no nos encontraríamos sino ante un efecto reflejo de la afectación del comportamiento económico de los destinatarios de la publicidad.

Además, como resultaba del párrafo segundo del artículo 4 LGP, la publicidad sería también engañosa si silenciase datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios publicitados, cuando dicha omisión indujese a error a sus destinatarios.

Se hablaba, así, usualmente, de publicidad engañosa en forma positiva y de publicidad engañosa en forma negativa, para hacer referencia, respectivamente, a las situaciones en que el error del destinatario venía inducido por la información suministrada y aquellas otras en que el error provenía de la información que no se suministraba, esto es, de la ocultación de datos fundamentales del producto o servicio publicitado.

En cualquier caso, la aptitud para inducir a error del mensaje publicitario cuestionado había de ser apreciada en relación con el consumidor tipo, entendiéndose por tal, según caracterización común, el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

El artículo 5 LGP, por su parte, señalaba una serie de indicaciones que habrán de ser tenidas en cuenta para determinar si la publicidad cuestionada era engañosa, si bien, precisaba el precepto, este extremo habría de valorarse en función de todos los elementos de la misma.

Todas estas consideraciones resultaban extensivas la disciplina impuesta en el artículo 7 LCD.

Una vez identificado el marco jurídico, se está en condiciones de abordar el examen de la procedencia de las críticas vertidas por la parte apelante hacia la resolución recurrida. Todo ello, claro está, sin perjuicio de ulteriores matizaciones o precisiones respecto del marco expuesto, según demanden los concretos temas que debamos analizar.

QUINTO.- Sostiene la parte recurrente, contrariamente a lo apreciado por el tribunal de primera instancia, que el producto ofertado en su publicidad por VODAFONE, S.A.U. para promocionar la contratación de tarifas planas de móvil defrauda las legítimas expectativas de los destinatarios de la campaña, toda vez que, según los expresivos términos del recurso, no es un producto de telefonía fija, ni es gratuito, ni es para siempre, como se anuncia, por lo que la conducta de la demandada resulta plenamente subsumible en los preceptos legales a cuyo amparo se promueve la demanda.

Examinaremos en primer lugar la corrección de la apreciación del juez a quo de que no hay motivo de censura en la presentación como "el fijo de tu casa" del producto ofertado como enganche promocional en los diversos anuncios que conforman la campaña publicitaria de la demandada. Se impone en este punto una matización previa, toda vez que en la resolución recurrida se afirma que en ningún momento se hace referencia en los anuncios a que el beneficio asociado a la contratación de una nueva tarifa móvil consista en la gratuidad de "Vodafone en casa" (que es el producto realmente ofertado), lo cual no se corresponde con la realidad, pues se menciona expresamente tanto en el texto a pie de imagen en el anuncio en prensa (documento 6 de la demanda), como en el texto que se desplaza a lo largo de la parte inferior de la pantalla (scroll) durante la ejecución de los anuncios televisivos (aportados como documento 4 de la demanda), que parecen ser los que han sido objeto de expresa consideración por parte del juez a quo. En cualquier caso, se reconoce, este aspecto carece de relevancia, a la vista de los términos del recurso, en el que no se combate la aseveración del juzgador de la anterior instancia de que la pretendida omisión por él apreciada en modo alguno permitiría calificar la publicidad de engañosa.

Centrándonos en el alegato impugnatorio, ninguna controversia suscita cuál sea el mensaje que el consumidor percibe como consecuencia del reclamo utilizado por la demandada. Como señala el juez a quo, la literalidad y contundencia de los anuncios dejan poco lugar para la imaginación; tampoco VODAFONE, S.A.U. hace cuestión de este punto. Es el entendimiento de "fijo" lo que alienta el debate. Como se señala en el escrito de recurso, de lo que se trataría es, en definitiva, de determinar si el producto ofertado cumple o no con las expectativas que su publicidad suscita en el destinatario de la misma, esto es, si existe un desajuste entre el producto publicitado y lo que el consumidor puede legítimamente esperar del mismo como consecuencia del mensaje que se le ha transmitido.



La parte recurrente sostiene que, teniendo en cuenta sus características técnicas, las prestaciones que brinda y el marco regulador, no puede decirse que "Vodafone en casa" sea un producto de telefonía fija, desgranando en el desarrollo del motivo impugnatorio las diferencias que justifican tal aseveración. Cabe observar a este respecto que la sentencia impugnada no niega la existencia de tales diferencias; en momento alguno aquella identifica (tomado este verbo en la quinta acepción del Diccionario de la Real Academia Española: "dicho de dos o más cosas que pueden parecer o considerarse diferentes: ser una misma realidad") "Vodafone en casa" con servicio de telefonía fija. Lo que se plantea, por tanto, y sin perjuicio de ciertos matices, no es una cuestión de apreciación de prueba, sino de valoración del resultado que arroja aquella.

En la sentencia de primera instancia se priman, como criterios de valoración, las prestaciones o utilidades del producto, y la comparación de las mismas con las que, en la percepción del consumidor, resultarían definitorias del servicio de telefonía fija, colocando en segundo lugar los aspectos estrictamente técnicos y regulatorios. De esta forma, la sentencia impugnada no responde a parámetros de identificación, sino de sustituibilidad funcional desde la perspectiva del usuario estándar.

Entendemos adecuado tal enfoque, pues el término de comparación habría de situarse en lo que el consumidor, no un técnico, considera como teléfono fijo. Por otro lado, dicha perspectiva cobra pleno sentido al socaire del principio de neutralidad tecnológica, consagrado expresamente como objetivo y principio en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (artículo 3: "Los objetivos y principios de esta Ley son los siguientes: . f. Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación."). En este sentido, compartimos la apreciación del juzgador de primera instancia negando carácter definitorio a las eventuales deficiencias de calidad del servicio telefónico prestado a través del producto publicitado vinculadas a la cobertura de la red móvil con la que opera, así como a la imposibilidad de prestar por medio del mismo servicios de comunicación por fax y teleasistencia, pues no parece que estos últimos operen en el entendimiento del consumidor medio, a la hora de identificar en qué consiste un servicio de telefonía, a un nivel mínimamente parangonable a la posibilidad de efectuar y recibir llamadas.

Todo ello nos lleva a concluir, con el juez de la anterior instancia, que no cabe calificar de engañosa la publicidad cuestionada por razón de este extremo particular.

SEXTO.- También considera la parte recurrente que la publicidad que está en el origen de la controversia resulta engañosa por razón de que el producto que forma parte de la oferta publicitaria se presenta como un regalo, o "gratis", y "para siempre". En la resolución recurrida se rechazan tales alegatos, por considerar que el contenido de los anuncios es claro a este respecto, en el sentido de identificarse en ellos "gratuidad" con una tarifa plana de llamadas a números fijos nacionales y la inexistencia de cuota de línea, y "para siempre" con el hecho de que el disfrute de dicha tarifa plana no esté sometida a fecha de vencimiento o límite temporal concreto. En este apartado examinaremos el tema relativo a la gratuidad, dedicando el siguiente a la cuestión temporal.

Podemos agrupar las razones en las que sustenta la parte apelante su posición en cuanto a la nota de gratuidad en dos categorías, que podríamos denominar costes añadidos de utilización del producto y costes adicionales derivados. Por lo que se refiere al primer aspecto, destaca la apelante que "para disfrutar de los servicios publicitados en la plenitud de su definición comercial (tarifa plana móvil con su beneficio gratis junto a VD (Vodafone) en casa) el abonado se ve obligado a pagar 9 euros adicionales al mes". Esta apreciación parte de que el producto promocionado en la publicidad era una tarifa plana de teléfono móvil con una serie de beneficios asociados a elección del usuario (con los que VODAFONE, S.A.U. venía ofertando ya con anterioridad sus tarifas planas de móvil), entre ellos el consistente en llamadas gratis a fijos, y, adicionalmente (esto es, manteniendo dichos beneficios), el producto "Vodafone en casa", cuyo núcleo estaría constituido por la posibilidad de efectuar gratuitamente llamadas desde el propio domicilio a números fijos nacionales, habiéndose constatado, señala la recurrente con apoyo en el dictamen pericial que aportó, que si, una vez contratado el servicio "Vodafone en casa", se quería disfrutar del beneficio de llamadas gratis a fijos fuera del domicilio, se hacía preciso abonar la cantidad suplementaria señalada. Por lo que se refiere al segundo aspecto, la recurrente señala que las llamadas realizadas fuera de la tarifa plana a números fijos nacionales ofertada con el producto se ven gravadas con un sobreprecio derivado de la aplicación de un plan de tarifas de telefonía móvil y del cargo por el concepto "establecimiento de llamada", inexistente en los servicios de telefonía fija. Añade que los terminales que se ofrecen no son gratuitos, ya que al contratar el producto el usuario se ve obligado a asumir un compromiso de permanencia de 18 meses, exigiéndosele, además, una cantidad por aquellos (en concreto, se señala que por el terminal que aparece en uno de los anuncios de televisión ha de abonarse 19 euros, tal como resulta del informe pericial acompañado con el escrito de demanda como documento número 10).

En cuanto a los que hemos denominado costes añadidos, disentimos de las tesis de la apelante. Lo que en la campaña que suscita la presente litis se ofrecía precisamente como "beneficio" asociado a la contratación de una tarifa plana de teléfono móvil era el producto "Vodafone en casa". No existen elementos que autoricen



la conclusión de que dicho beneficio se ofertaba además de aquellos otros con los que VODAFONE, S.A.U. hubiese tenido a bien promocionar sus tarifas planas de móvil, por lo que no se descubre motivo de engaño en el hecho de que al perito de la parte recurrente se le exigiese la cantidad que señala para aprovechar simultáneamente el servicio de movilidad (llamadas a fijos fuera del domicilio) y el producto "Vodafone en casa" (llamadas a fijos desde el domicilio).

Por lo que se refiere a los costes derivados, es de observar que en el discurso impugnatorio no se combate la apreciación del juez a quo de que los términos específicos de la oferta (gratuidad de llamadas a fijos nacionales sin cuota de línea) aparecían claramente determinados en la publicidad, lo que excusa de toda consideración sobre este punto. Las quejas de la apelante van referidas a lo que no se decía en la publicidad, en los términos más arriba señalados. En este sentido, forzoso es reconocer que en ninguno de los anuncios, según se aprecia en los diferentes soportes aportados como prueba documental con la demanda, se hace referencia a los sobrecostes a los que apuntan los alegatos de la apelante, ni, en general, a las condiciones económicas del servicio fuera de la tarifa plana a fijos nacionales. Ahora bien, dicha constatación no nos ha de llevar necesariamente a compartir las conclusiones que pretende extraer la parte recurrente, como a continuación se razonará.

En efecto, el artículo 4 LGP se inspiraba en el artículo 2 de la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, a su vez modificada por la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo de 2005, referente a las prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. En el artículo 7.1 de esta última se establece que "se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre la transacción con el debido conocimiento de causa y que en consecuencia haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiese tomado" (énfasis añadido). Esta última Directiva no se encontraba incorporada al ordenamiento español al tiempo de producirse los hechos de los que trae causa la presente litis (habría que esperar hasta la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, habiendo vencido el plazo de transposición con mucha anterioridad, el 12 de junio de 2007), lo cual no es óbice, sin embargo, para la virtualidad que en el plano hermenéutico había que reconocer a la misma ya entonces con arreglo al principio de interpretación conforme. La razón de decidir ha de situarse, por lo tanto, en si la información cuya omisión denuncia la parte recurrente se ajusta o no a los parámetros establecidos en el artículo 7.1 de la Directiva 2005/29/CEE. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2010, Lidl, C-159/09, apartado 49, señala que "El Tribunal de Justicia ha declarado que una omisión podía conferir un carácter engañoso a una publicidad en particular cuando, teniendo en cuenta los consumidores a los que va dirigido, esta publicidad tenga por objeto ocultar una circunstancia que, si hubiera sido conocida, podría haber hecho renunciar a un número significativo de consumidores a su decisión de compra (sentencia Lidl Belgium, apartado 80 y jurisprudencia citada)". Así pues, en el caso que nos ocupa cabría calificar de engañosa la publicidad si los conceptos no mencionados en ella supusiesen un aumento sustancial del precio del servicio ofertado. No existe base, empero, para poder afirmar que sea este el caso. La propia recurrente, haciendo suya la información recogida en el dictamen pericial aportado de contrario como documento nº 4 con el escrito de contestación, maneja en su escrito de recurso datos según los cuales las llamadas a fijos nacionales (esto es, las comprendidas en la tarifa plana ofertada) conforman el 85% del tráfico de llamadas en el ámbito nacional. Aduce la apelante, no obstante, que, según la información extraída de la misma fuente, los gastos que corresponden a ese tipo de llamadas suponen solo el 55% del gasto total por llamadas, lo que le lleva a sostener, como fundamento de su denuncia, que los sobrecostes omitidos en la publicidad controvertida afectarían a las llamadas que dan lugar al 45% restante. Ahora bien, este último dato no pasa de ser lo que es, esto es, una indicación de la proporción existente a nivel estadístico entre el coste de llamadas a fijos nacionales y a otros números de teléfono, de lo cual no cabe deducir sin más que la tarificación y cargos aplicados por la demandada en las llamadas realizadas a través de "Vodafone en casa" que no son a fijos nacionales (y que no se mencionan en la

publicidad controvertida) entrañen realmente, en una valoración de conjunto, un incremento significativo respecto del coste de este último tipo de llamadas resultante de las condiciones aplicables en telefonía fija. No se aprecia así en la sentencia recurrida, en la que se hace ver que si bien es cierto que las llamadas a números 902 realizadas a través de "Vodafone en casa" resultan ser más caras (según los datos que proporciona el dictamen pericial aportado por la demandada, el uso de llamadas a servicios de tarifas especiales -números 901 y 902- que hacen los clientes de fijo es inferior al 5%) que si se realizasen a través de los servicios de telefonía fija prestados por otros operadores, todo lo contrario ocurre en el caso de llamadas a teléfonos móviles. Tales apreciaciones no han sido convenientemente desvirtuadas por la parte recurrente.

En lo atinente al tema de los terminales, el propio perito



de la parte apelante vino a reconocer en el acto del juicio (02:17 de la grabación) que determinados modelos de terminales de sobremesa (en concreto el que se denomina como "caja de voz") resultaban sin coste, lo que desvirtúa el alegato, siendo por lo demás plenamente proyectables aquí las consideraciones vertidas en el párrafo precedente.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al ofrecimiento "para siempre", señala la parte recurrente como fundamento de sus quejas que el reclamo resulta engañoso toda vez que el servicio anunciado no se ofrece realmente de forma indefinida, sino que su disfrute está condicionado al mantenimiento de una tarifa plana de teléfono móvil.

Entendemos que en el examen de la cuestión se imponen ciertas precisiones previas en relación con el contenido concreto de los diferentes anuncios que conforman la campaña. El material probatorio del que se dispone revela lo siguiente:

- Anuncios de televisión: De los cuatro anuncios incorporados al soporte audiovisual que se aportó como documento número 4 con la demanda, solo el cuarto (el único que es objeto de específica consideración en el escrito iniciador del proceso) incorpora, en el mensaje de voz (por cierto, con particular enfatización), el reclamo publicitario en examen ("Por eso te regalamos para siempre el fijo de tu casa al contratar una de nuestras tarifas planas para el móvil/ Así te olvidarás para siempre de pagar el teléfono de tu casa."). En todos ellos la vinculación del servicio ofertado al mantenimiento de una tarifa plana de móvil (voz, VTP) se indica en el texto dinámico sobrepuesto que se desplaza a lo largo de la parte inferior de la pantalla durante el anuncio (scroll).

- Folletos publicitarios: Como documento nº 5 se aporta copia de la portada de un catálogo publicitario de Vodafone del mes de junio de 2009, en el que aparece en texto destacado "Estrena móvil y te regalamos el fijo de casa para siempre", y, con tipo de letra menor, "Sólo por contratar una de nuestras nuevas Tarifas Planas para móvil", así como, en un recuadro rojo en la parte inferior "Consultar más información en el interior". También se aporta la copia de un affiche publicitario que no corresponde a la campaña controvertida.

- Anuncios en prensa (documento número 6 de la demanda): El primero de los anuncios que se aportan como documento número 6 con el escrito iniciador del proceso (el único legible en su integridad) recoge en el texto incluido en el recuadro con fondo en rojo sobrepuesto en la imagen el reclamo controvertido: "Te regalamos el fijo de tu Casa para siempre./ Ahora, seas o no de Vodafone, al contratar una de nuestras Nuevas Tarifas Planas para móvil te damos gratis y para siempre el fijo de tu casa..", ". En Vodafone te regalamos el fijo de tu Casa para siempre.", y en el texto a pie de imagen, en letra de inferior tamaño, la referencia al condicionante del mantenimiento de una tarifa plana de móvil.

- Cuña de radio (soporte de audio que se aporta por la actora como documento nº 7): El mensaje transmitido es el siguiente: "Queremos darnos de alta en tu vida regalándote el teléfono fijo para siempre al contratar una de nuestras nuevas tarifas planas para móvil; así te olvidarás para siempre de pagar el teléfono de tu casa. Infórmate en el 1441".

Distinta debería ser en principio la aproximación al tema en el caso de que el reclamo publicitario se formule de forma incondicionada que en el caso de que en el anuncio se contengan especificaciones delimitadoras del sentido de aquel, si bien mediante signos o elementos comunicativos de menor relevancia o impacto (Vg. tipo de letra de menor tamaño, o mensaje de texto dinámico acompañando a un mensaje de imagen y voz). En el primer supuesto encajarían el cuarto de los anuncios de televisión registrados en el soporte aportado y el anuncio radiofónico; en el segundo, el anuncio de prensa. Incluimos en la primera categoría el cuarto anuncio televisivo porque, no obstante reflejar el condicionante controvertido en el scroll, la lectura del mismo durante el visionado del anuncio se antoja poco menos que empresa imposible, habida cuenta el tamaño de letra empleado y la velocidad de desplazamiento del texto, al punto de que la lectura del conjunto de letras que lo conforman tan solo ha sido posible haciendo uso de la función "pause" del aparato reproductor (uno al uso) utilizado. Los tres anuncios de televisión restantes, habida cuenta que no recogen el reclamo que suscita el debate, ninguna relevancia tienen a los efectos que aquí interesa.

En la segunda categoría de casos el problema que se plantea es el relativo a la admisibilidad de la forma en que se presenta la información sobre las características del producto publicitado. A la hora de enjuiciar este extremo debemos tener en cuenta, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Illes Balears, Sección 3ª, de 31 de mayo de 2003, que "el anunciante no está obligado a sujetarse en los mensajes publicitarios a esquemas predeterminados, siendo relativamente frecuente que en letra pequeña se quiera hacer ver al consumidor las condiciones detalladas en las que la operación anunciada se va a producir, sin que baste la diferencia de letra entre el mensaje principal, que, como es lógico en publicidad, es el más sugestivo, y el mensaje complementario más reducido, para entender que el anuncio encierra un engaño" (en el mismo sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, de 7 de octubre de 1991 y Sección



9ª, de 18 de marzo de 1999). En el supuesto que nos ocupa, entendemos que en el anuncio de prensa el texto inserto al pie de la imagen habría de resultar suficiente para que el destinatario, tomando como patrón el del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (esto es, como nos recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de marzo de 2000, ".la apreciación de una persona media- ni la extremadamente cuidadosa, ni la muy desatenta-, consciente, como señalan los autores, del carácter predominantemente persuasivo, más que informativo, de la publicidad."), quedase advertido de las condiciones reales del producto ofertado. Idéntica consideración nos merece el folleto publicitario cuya portada se aporta por fotocopia como documento nº 5 de la demanda, habida cuenta la llamada expresa que en esta se hace a la información contenida en el interior (que conforma, con la portada, unidad de objeto).

Diferente es la valoración que suscita el cuarto de los anuncios de televisión y la cuña radiofónica. Ya aludimos en líneas anteriores a la subjetivización de la noción de engaño sobre la que descansa el régimen de la publicidad engañosa. A este respecto, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 5 de noviembre de 2009, "el engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino en el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios". También nos hemos referido con reiteración a cuál es el estándar de destinatario que debemos tener en cuenta. Sentado lo anterior, estimamos que los dos anuncios que están siendo objeto de consideración, habida cuenta el sentido inequívoco de "para siempre" que en ellos se utiliza sin matiz (ya explicamos por qué lo afirmamos respecto del anuncio televisivo), adolecen de una absoluta falta de transparencia sobre las exigencias impuestas para disfrutar del servicio de telefonía fija ofertado gratuitamente al contratar una tarifa plana de móvil, con potencialidad cierta para inducir a error sobre los términos de la oferta que a través de ellos se realiza. Corroborada dicha apreciación el estudio de mercado que se aporta con el escrito rector del proceso como documento número 9, en el que se refleja que una gran mayoría de las personas encuestadas (en torno al 70%), enfrentados a la pregunta "¿Qué ha entendido Ud. con estos mensajes?", ofreciéndoseles como respuestas posibles "la promoción dura un tiempo determinado", "no sabe/no contesta" o "la promoción es para siempre", se decantaron por esta última. El que no hagamos extensivas las conclusiones de este estudio de mercado al anuncio en prensa (que también forma parte del ámbito de la encuesta) no entraña contradicción alguna, pues ya expusimos los factores que, en este último caso, nos llevaron a otra solución. También somos conscientes de las limitaciones que pudieran señalarse a dicho estudio habida cuenta las respuestas posibles ofrecidas a los encuestados. Se trata, con todo, de la única prueba aportada en este punto, que, por otra parte, como advertimos, invocamos como elemento de corroboración.

Como consecuencia de cuanto antecede, las pretensiones deducidas en la demanda han de ser acogidas parcialmente, por cuanto el cuarto de los anuncios de televisión registrados en el soporte audiovisual aportado como documento nº 4 con la demanda y el anuncio radiofónico recogido en el soporte de audio aportado como documento nº 7 con aquella entrañan, por las razones expuestas, un supuesto de publicidad engañosa subsumible en los artículos 4 LGP y 7 LCD, con las consecuencias que se especificarán en el fallo, entendiéndose suficiente, en cuanto a la publicación de la sentencia que expresamente se solicita por la parte promotora del expediente, que la misma se circunscriba al encabezamiento y el fallo.

OCTAVO.- La estimación parcial del recurso comporta que no deba hacerse expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas en primera y segunda instancia, de conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala emite el siguiente

FALLO

1. Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U. contra la sentencia dictada el 15 de febrero de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid en el juicio ordinario nº 239/2009 del que este rollo dimana.

2. En consecuencia, revocamos dicha resolución, y en su lugar:

2.1. Declaramos que el cuarto de los anuncios televisivos registrados en el soporte audiovisual aportado como documento nº 4 con la demanda y el anuncio radiofónico recogido en el soporte de audio aportado como documento nº 7 con aquella entrañan una publicidad engañosa y un acto de competencia desleal.

2.2. Condenamos a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. a:

2.2.1. Estar y pasar por las anteriores declaraciones.



2.2.2. Cesar en la difusión de los referidos anuncios y a abstenerse de difundirlos en el futuro.

2.2.3. Proceder a la publicación del encabezamiento y el fallo de la presente sentencia en dos diarios de difusión nacional.

3. No se hace expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas en primera instancia.

4. No se hace expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas generadas en esta segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ